AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Genésia Marta Alves Camelo, bacharelada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, procuradora federal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, cuja área de interesse encontra-se inserida no âmbito dos direitos difusos.

RESUMO: A Ação Civil Pública constitui-se em instrumento de grande importância na defesa dos direitos transidividuais, sendo responsável pela reparação de vários bens patrimoniais.

Na tramitação da Ação Civil Pública deve-se atentar para a peculiaridade pertinente à legitimação especial, devendo em caso de negligência de co-legitimado ser dado prosseguimento ao processo quer seja pelo Ministério Público Federal ou por outro co-legitimado.

Para possibilitar a efetiva defesa do patrimônio cultural, o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito administrativo, uma vez que constitui atribuição das autoridades administrativas definir os critérios e diretrizes de proteção do citado direito transindividual, bem como determinar condutas comissivas ou omissivas pautadas na conveniência e oportunidade.

Proferida sentença condenando à reparação de dano causado a bens objeto de proteção federal, dano este de abrangência nacional, a imutabilidade ocorrerá em todo o país independentemente dos limites da competência territorial do juiz prolator.

Pensamos, enfim, que a destinação de parcela dos recursos do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD, com fins à efetiva reparação do patrimônio cultural lesado, independentemente de análise de projeto pelo CFDD – Conselho Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, representaria grande avanço na proteção do mencionado direito transindividual, além de consolidar a Ação Civil Pública como importante instrumento na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública; patrimônio Cultural

ABSTRACT: The Public Civil action consists in one instrument of great importance in the defense of the transcend individuals rights, being responsible for the repairing of some capital assets.

In the transaction of the Public Civil action it must be attempted for the pertinent peculiarity to the special legitimacy, having in co-legitimated case of recklessness of being given continuation to the process it wants either for the Federal Public prosecution service or another co-legitimated one.

To make possible the effective protection of the cultural patrimony, the Judiciary power cannot enter in the administrative merit, a time that constitutes attribution of the administrative authorities to define the criteria and direction lines of protection of mentionted on the transcend individuals rights, as well as determining through positive actions or omissive ones both based on the convenience and opportunity.

Pronounced sentence condemning to the repairing of actual damage the good object of federal protection, damage this of national impact, the immutability will all occur in the country independently of the limits of the territorial ability of the sentencing judge.

We think, at last, that the destination of a parcel of the resources of the FDD (Protection fund for the transcend individuals rights), with ends to the effective repairing of the injured cultural patrimony, independently of analysis of project for the CFDD (Management Council for the fund for the transcend individuals rights), would represent great advance in the protection of mentioned on the transcend individuals rights, besides consolidating the Public Civil action as important instrument in the defense of the Brazilian cultural patrimony.

KEY-WORDS: Public civil action; Cultural patrimony

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é aferir se as peculiaridades da Ação Civil Pública, após dez anos do advento da Lei 7347/85, têm conferido efetiva proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

A Lei 7347/85 estabelece que a promoção da defesa de interesses de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico possa se concretizar por meio de Ação Civil Pública.

No presente texto discorreremos sobre os aspectos relevantes da Ação Civil Pública, instituída pela Lei 7347/85, visando a proteção de direitos transindividuais.

Ao propósito, também serão consideradas disposições da parte processual do Código de Defesa do Consumidor, as quais se aplicam no âmbito da ação civil pública por força do art. 21 da Lei 7347/85 e art. 117 do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Importante registrar que ao longo destes dez anos, a Lei 7347/85 foi fortemente combatida pelo poder político resultando em alterações aberrantes como as constantes dos arts. 1º, parágrafo único e 16 do referido diploma legal.

Contudo, surgiram alterações relevantes como a ampliação dos objetos mediato e imediato de tutela jurisdicional.

2. LEGITIMAÇÃO ATIVA

A fim de garantir a efetividade da proteção ao direito violado, estas ações são dotadas de legitimação especial de modo a evitar decisões contraditórias e atender ao preceito constitucional de acesso à jurisdição.

Destarte, podem ser propostas por diversos co-legitimados ativos, seja em conjunto ou separadamente – legitimação concorrente e disjuntiva -, sendo que os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da Ação Civil Pública norteiam a atuação do Ministério Público.

A proteção judicial do patrimônio cultural brasileiro tem sido exercitada pelas autarquias que possuem atribuições afins, bem como pelo Ministério Público.

Todavia, urge enfatizar que a desídia do autor da Ação Civil Pública não pode culminar na extinção do processo sem julgamento do mérito, nem tampouco à determinação de arquivamento, já que o Ministério Público possui o dever de assumir a promoção da ação em caso de desistência imotivada de co-legitimado, bem como de promover a execução da sentença no momento adequado.

Configura litispendência em Ação Civil Pública se co-legitimado ingressar com ação que contenha o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, embora os autores sejam distintos.

3. DA ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Impende advertir que não cabe ao Poder Judiciário adentrar na análise do mérito do ato administrativo.

As autarquias instituídas com a finalidade específica de proteção do patrimônio cultural brasileiro foram dotadas de poder de polícia – atividade do Estado que tem como finalidade a limitação do exercício dos direitos individuais em proveito do interesse público. O poder de polícia tem como atributo peculiar a discricionariedade, uma vez que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão.

Nesse sentido, recorremos às lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> " (...) Normalmente esta discricionariedade existe: c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde." (Di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo, 2001, Editora Atlas, pág. 198):

Como se sabe, compete ao Poder Judiciário apenas a análise do ato administrativo discricionário sob o aspecto da legalidade, sendo-lhe vedado adentrar no seu mérito.

Mais uma vez, recorremos aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> "Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública,

> legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto" (idem, pág. 202).

Assim, não pode o Poder Judiciário impor diretrizes de oportunidade e conveniência de modo a estabelecer o que viola o patrimônio cultural brasileiro, quer se trate de patrimônio material ou imaterial. Exemplificando, não cabe ao Judiciário verificar, se eventual modificação em imóvel objeto de tombamento ou situado no entorno de bem tombado, executada sem a devida autorização da entidade que possui atribuição para concedê-la, provoca dano ao bem tombado, sob pena de adentrar no mérito administrativo.

Importante mencionar que a competência para avaliar acerca da causação de dano ao patrimônio histórico, artístico ou cultural, no âmbito federal, foi atribuída pelo Decreto-lei nº 25/37 ao IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que detém aparato necessário para tal mister, e no âmbito estadual para a respectiva entidade. Note-se que o Poder Judiciário, no julgamento de causa que verse sobre tal matéria, não pode colocar-se no lugar do órgão-técnico administrativo para chegar a uma conclusão diversa da que a instituição tenha chegado, no que toca aos aspectos técnicos da questão, cingindo-se a sua competência a avaliar acerca da legalidade do ato administrativo exarado, em aplicação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, competência privativa da entidade administrativa criada para este fim específico, conferindo, assim, concretude ao mandamento constitucional estabelecido no art. 216 CR, quanto à preservação do patrimônio cultural.

Nesse sentido, o voto do eminente Ministro M.ª Villas-Boas, consignado no acórdão proferido pelo STF no Recurso Extraordinário nº 41.279, *in verbis*:

> "A Constituição manda que o poder público (isto é, as Autoridades administrativas) resguarde a integridade de obras, monumentos e documentos de valor histórico (art. 175).
> A lei confiou essa importante tarefa, de inquestionável interesse nacional, a funcionários especializados do Ministério da Educação e Cultura.
> A proteção constitucionalmente estabelecida começa com o exame dos projetos de edificações nas proximidades da coisa tombada.
> É àqueles servidores, de proclamada idoneidade, que incumbe apurar, antes de tudo, se determinada construção impede ou reduz a visibilidade dessa coisa.
> Não é possível que o Poder Judiciário, mesmo com o propósito de realizar a equidade altamente conferida a órgão de outro Poder, possa fazer justiça com os pareceres de peritos de sua escolha. Do ponto de vista legal e também constitucional, o critério prevalecente havia de ser o da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico, pois a lei faz da sua Autorização condição "sine qua nom" para o início das obras."

Ao propósito, também não compete ao Poder Judiciário determinar que o Poder Público realize determinada obra de conservação de imóvel objeto de tombamento.

O tombamento se constitui em forma especial de proteção ao bem de valor cultural, o qual confere restrições ao uso da propriedade sem contudo, esvaziar seu conteúdo econômico.

As despesas para conservação do imóvel devem ser suportadas pelo proprietário. A imposição destes deveres se encontra em perfeita consonância com a função social da propriedade e da posse. Apenas excepcionalmente, nos casos de urgência bem como de ausência de recursos financeiros do proprietário do imóvel (artigo 19 Decreto-lei 25/1937) caberá a execução das citadas obras pelo Poder Público. De mais a mais, o referido artigo deve ser interpretado em consonância

com a cláusula da reserva do possível.

Nesse sentido, cabe salientar, que constitui prerrogativa da Administração Pública, no exercício de seu poder discricionário, verificar a necessidade de determinar as providências a serem adotadas, estabelecendo as prioridades na execução de obras de reparação e conservação do patrimônio tombado em consonância com os recursos financeiros disponíveis e em estrita obediência aos princípios da razoabilidade e da supremacia do interesse público, visando a proteção do patrimônio cultural brasileiro em seu conjunto.

Por fim, ao Judiciário compete a revisão de atos administrativos sob os aspectos da competência, legalidade, fundamentação, imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou de razoabilidade.

4. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NÃO ENCONTRAM CORRELAÇÃO DIRETA COM A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A competência para o processamento e julgamento da Ação Civil Pública é funcional – do foro do local do dano, ressalvada a competência da Justiça Federal, consoante preceitua o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor.

Sucede que transitada em julgado a sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública a imutabilidade de seus efeitos não está adstrita à competência territorial do juiz como quer fazer crer o art. 16 da Lei 7347/85.

Dessa forma, uma vez transitada em julgado a Ação Civil Pública a lide não poderá ser renovada, ainda que seja em outro juízo. A imutabilidade será ampla.

Isso implica que uma vez proferida sentença condenando à reparação de dano causado a bens objeto de proteção federal, dano este de abrangência nacional, a imutabilidade ocorrerá em todo o país independentemente dos limites da competência territorial do juiz prolator.

5. DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS

O art. 13 da Lei 7347/85 preceitua que a Ação Civil Pública que versar interesse transindividual lesado, havendo condenação em dinheiro ou imposição de multas cominatórias, estas reverterão para o fundo de defesa dos direitos difusos.

Ocorre que o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD possui como função primordial a reparação do dano causado.

Ao propósito, o próprio bem lesado deve ser reparado, sendo que, na sua impossibilidade, o recurso deverá ser utilizado para preservar ou restaurar os bens compatíveis.

Nesse particular, verifica-se que os recursos obtidos deverão ser utilizados em finalidade compatível com a origem da lesão – defesa de interesses equivalentes aos lesados.

Nesse sentido, o respeitável autor Hugo Nigro Mazzili considera que:

> "Esse fundo, que hoje se chama Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, por definição legal, tem a finalidade primordial de viabilizar a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.
>
> Se possível, o próprio bem lesado deve ser reparado; em caso contrário, o dinheiro da condenação poderá ser usado para preservar ou restaurar outros bens compatíveis.
>
> Assim, mesmo nas hipóteses mais complexas, sobrevindo condenação, o dinheiro obtido deverá ser usado em finalidade compatível com a origem da lesão. Como exemplo, no caso de dano irreparável a uma obra de arte, a indenização poderá ser utilizada para reconstituição, manutenção ou conservação de outras obras de arte, ou até mesmo para conservação de museus ou lugares onde elas se encontram."(Mazzilli, Hugo Nigro, 1950 - A

> defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses – 15. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.394/395).

Contudo, a atuação do fundo é excessivamente burocrática e muito centralizada nos Conselhos Gestores.

Outrossim, para se utilizar recursos do FDD, instituído pelo Decreto 1306 de 09/11/1994, há necessidade de oferecimento de contrapartida, devendo ser apresentado projeto de cunho inovador que será submetido à análise do Conselho. Os projetos serão escolhidos em reunião do CFDD pelos Conselheiros.

Sucede que os recursos do FDD poderão ser utilizados por instituições governamentais da Administração Direta ou Indireta, nas diferentes esferas de governo e organizações não governamentais brasileiras, sem fins lucrativos, com atuação nos campos contemplados.

Há de se asseverar que a atual política definida para aplicação dos recursos públicos do FDD permite que as entidades supramencionadas recebam recursos para projetos, tais como restauração de igrejas e implementação de museus, em detrimento da pronta reparação dos bens lesados ou de seus similares.

Entretanto, não se pode olvidar que para a proteção do patrimônio cultural se faz premente a destinação de recursos para núcleos históricos visando a reparação de danos ao patrimônio cultural bem como ações preventivas pertinentes a educação patrimonial.

Pode-se, pois, afirmar que para garantir efetiva proteção do patrimônio cultural é indispensável que as receitas do fundo sejam identificadas em conformidade com sua proveniência: natureza da infração, natureza do dano causado.

Dessa forma, é razoável que se pleiteie a utilização dos recursos do FDD para a proteção dos bens culturais, inclusive visando à execução de demolições de construções não autorizadas pela autoridade competente que venham a contrariar as normas e diretrizes de proteção do patrimônio cultural, adequações de imóveis irregulares, conservação de bem de grande valor cultural, dentre outros.

Ademais, seria altamente salutar se a aplicação dos recursos do FDD não ficasse restrita à apresentação de projetos a serem submetidos

ao Conselho. Isso implicaria na destinação de parcela dos recursos do FDD para atender requisições do Ministério Público e da Justiça, a fim de não restar frustradas as ações de execução de sentença proposta nos autos da Ação Civil Pública, conferindo concretude ao art. 634CPC.

Como se sabe, as entidades de proteção ao patrimônio cultural não dispõem de recursos suficientes a fim de proceder à execução da obrigação por terceiros, nos termos do art. 634 CPC.

Assim, a destinação de parcela dos recursos do FDD para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, reparando o patrimônio cultural lesado, independentemente da vontade do agressor, representaria grande avanço na proteção do mencionado direito transindividual, além de consolidar a Ação Civil Pública como importante instrumento na defesa do patrimônio cultural brasileiro.

7. BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 13ª edição, São Paulo, Atlas, 2001, p. 196-204.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *1950 - A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses* – 15. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.394/395.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública in Chaves, Cristiano Farias e Didier Junior Fredie* (coordenadores), *Procedimentos especiais cíveis – legislação extravagante*, São Paulo, editora Saraiva, 2003, p. 381-454.